

VU Research Portal

Betere investeringskansen voor windenergie op zee? (II)

Dieperink, M.A.M.

published in

Tijdschrift voor Bouwrecht
2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Dieperink, M. A. M. (2015). Betere investeringskansen voor windenergie op zee? (II): Een analyse van de tenderregeling van de Borssele-kavels. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2015(71), 422-433.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 24-6-2015 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder li@ibr.nl.

nr. 5 - mei 2015 (/docs/articles/2015/mei[2])

TBR 2015/71

Betere investeringskansen voor windenergie op zee? (II)

Een analyse van de tenderregeling voor de Borssele-kavels

mr. dr. M.A.M. Dieperink ¹

1. Tenders voor windparken op zee

Naar het zich nu laat aanzien, zal op 1 december 2015 een tender openen voor de bouw en exploitatie van twee windparken op zee, gelegen in het gebied Borssele ('2015-tender'). Deze tender zal de eerste tender in een reeks van vijf zijn, die staat gepland voor de periode 2015 - 2019. In deze vijf tenders zal de Minister van EZ subsidies verlenen ter grootte van een totaalbedrag van naar schatting ruim twaalf miljard euro. ² Hiernaast zal de Minister van EZ per tender aan de winnaar(s) twee windvergunningen verlenen. Deze vergunningen verschaffen het exclusieve recht om op de daarin aangewezen locatie een windpark te bouwen en exploiteren.

De Minister van EZ zal de subsidies en de windvergunningen verlenen aan de deelnemers aan de tender die tegen de laagste kosten elektriciteit kunnen produceren. Op de keper beschouwd veilt de overheid in de tender dus een subsidie en een windvergunning. De spelregels op grond waarvan de 2015-tender plaatsvindt, zullen hoofdzakelijk in de nieuwe Regeling windenergie op zee 2015 ('Tenderregeling') staan. Deze Tenderregeling is gebaseerd op het Besluit stimulering duurzame energieproductie ('Besluit SDE') en de Kaderwet EZ-subsidies.

De Tenderregeling en het Besluit SDE maken deel uit van een breder pakket nieuwe wetgeving voor de bouw en exploitatie van windparken op zee. Deze wetgeving is van subsidierechtelijke, omgevingsrechtelijke en energierechtelijke aard. In het februarinummer van dit tijdschrift verscheen al een overzichtsartikel over die nieuwe wetgeving ('februariartikel'). ³ Het voorliggende artikel vormt een vervolg daarop en zoomt in op de spelregels voor de 2015-tender. Bij de beschrijving van de 2015-tender is uitgegaan van de concept Tenderregeling, waarover in de periode 2 tot en met 30 april 2015 een internetconsultatie heeft plaatsgevonden.

⁴ Wat betreft de Wet Windenergie op Zee ('Wet WoZ') is de beschrijving gebaseerd op het wetsvoorstel dat op 16 oktober 2014 aan de Tweede Kamer is gezonden. ⁵

2. Centrale vraag en opbouw

Aansluitend bij de strekking van het februariartikel wordt in dit artikel onderzocht of de 2015-tender goede investeringskansen voor windenergie op zee biedt. Daarbij staat in het bijzonder de vraag centraal of de spelregels voor de 2015-tender een solide basis vormen voor een eerlijke concurrentie om de subsidie en de windvergunning. ⁶

Om de vraag te beantwoorden of de spelregels voor de 2015-tender een solide basis vormen voor een eerlijke concurrentie, beoordeel ik hoe die spelregels zich verhouden tot het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel. Krachtens het beginsel van gelijke behandeling mogen er in de tender geen discriminerende factoren aanwezig zijn, waardoor sommige deelnemers meer kansen hebben dan andere deelnemers. Iedere deelnemer moet op dezelfde wijze worden behandeld en dezelfde informatie krijgen. Op grond van het transparantiebeginsel moet voorafgaand aan de tender een duidelijke beschrijving beschikbaar zijn van hetgeen van de deelnemers wordt verwacht en moet de subsidie- en vergunningverlening deugdelijk

worden gemotiveerd. Omdat zowel de subsidie als de windvergunning schaarse publieke rechten zijn, is het aannemelijk dat het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel van toepassing zijn op de 2015-tender.⁷

In dit artikel beschrijf ik eerst in § 3 de 2015-tender op hoofdlijnen. In dat kader komen de subsidie en de windvergunning, de tijdslijn van de tender en de verplichtingen van de winnaar van de tender aan de orde. Vervolgens wordt op een aantal deelonderwerpen de verhouding tot het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel beoordeeld. In § 4 komt de informatieverstrekking voorafgaand aan de tender, in het bijzonder het kavelbesluit, aan de orde. Vervolgens ga ik in op de eisen die worden gesteld aan een geldige tenderbieding (§ 5). Onder meer komt de eis aan de orde dat de deelnemers moeten beschikken over een eigen vermogen van tenminste 5% van de investeringskosten. In § 6 bespreek ik op basis van welke criteria de Minister van EZ de winnaar aanwijst. § 7 sluit af met een beantwoording van de centrale vraag of de spelregels voor de 2015-tender een solide basis vormen voor een eerlijke concurrentie om de windparken op zee.

3. 2015-tender op hoofdlijnen

3.1 SDE-subsidie en windvergunning

In de 2015-tender worden de bouw- en exploitatierechten van twee windparken verdeeld. Deze windparken liggen in het windenergiegebied Borssele. Voor beide windparken zullen zogenoemde kavelbesluiten worden genomen, zie hierna § 4.1. Elk van deze windparken heeft een capaciteit van circa 350 MW, zodat als resultaat van de tender een vermogen van circa 700 MW wordt gerealiseerd. Met een vermogen van 700 MW kunnen rond de 900.000 huishoudens van elektriciteit worden voorzien.⁸

De bouw- en exploitatierechten van de twee Borssele-kavels worden ten eerste neergelegd in een subsidiebeschikking. Deze subsidie is gebaseerd op de Tenderregeling en het Besluit SDE, en is een zogenoemde SDE-subsidie. De SDE-subsidie is een exploitatiesubsidie. De SDE-subsidiebeschikking zal gedurende de eerste vijftien jaar van de exploitatie van het windpark een subsidieaanspraak geven (art. 9 Tenderregeling).⁹ Tijdens de bouw ontvangt de ontwikkelaar geen subsidie. De investeringskosten van een windpark moet hij daarom voorfinancieren.

De hoogte van de uit te betalen subsidie wordt bepaald door de subsidiabele kosten te vermenigvuldigen met de gerealiseerde elektriciteitsproductie. De subsidiabele kosten worden bepaald op het verschil tussen de kostprijs van de elektriciteitsproductie met het windpark - het tenderbedrag - en de marktprijs van conventionele elektriciteit (art. 22 Besluit SDE).¹⁰ De SDE-subsidie is namelijk bedoeld om het kostprijsverschil tussen hernieuwbare en conventionele energie - zoals elektriciteitsproductie door middel van kolencentrales - weg te nemen. De kostprijs van de elektriciteitsproductie met het windpark staat gedurende de vijftien jaar vast. Dit is het bedrag dat de ontwikkelaar van het windpark heeft genoemd in de tender en op basis waarvan hij de tender heeft gewonnen. De deelnemer die tegen de laagste kosten met het windpark elektriciteit kan produceren wint namelijk de tender (zie § 6.1). In de Tenderregeling en het Besluit SDE wordt dit bedrag het tenderbedrag genoemd.

De marktprijs van conventionele elektriciteit wordt ieder jaar opnieuw bepaald, met dien verstande dat in de Tenderregeling een bodemelektriciteitsprijs wordt opgenomen. Deze bodemelektriciteitsprijs wordt de basiselektriciteitsprijs genoemd (art. 20 en 22 Besluit SDE).¹¹ De basiselektriciteitsprijs staat eveneens gedurende vijftien jaar vast. Als de marktprijs van conventionele elektriciteit daalt onder de basiselektriciteitsprijs, wordt niet langer die marktprijs, maar de basiselektriciteitsprijs in mindering gebracht op het tenderbedrag. In dat geval zijn de subsidiabele kosten dus lager dan het kostprijsverschil tussen hernieuwbare en conventionele elektriciteit. De SDE-regelgeving brengt dat risico voor de winnaar van de tender.

Voor het bepalen van de hoogte van de uit te betalen subsidie worden de subsidiabele kosten vermenigvuldigd met de gerealiseerde elektriciteitsproductie. Echter, deze gerealiseerde elektriciteitsproductie is eveneens in de subsidiebeschikking gemaximaliseerd, namelijk door opname van een maximum aantal subsidiabele uren (de zogenoemde netto P50-waarde vollasturen); zie § 5.3.

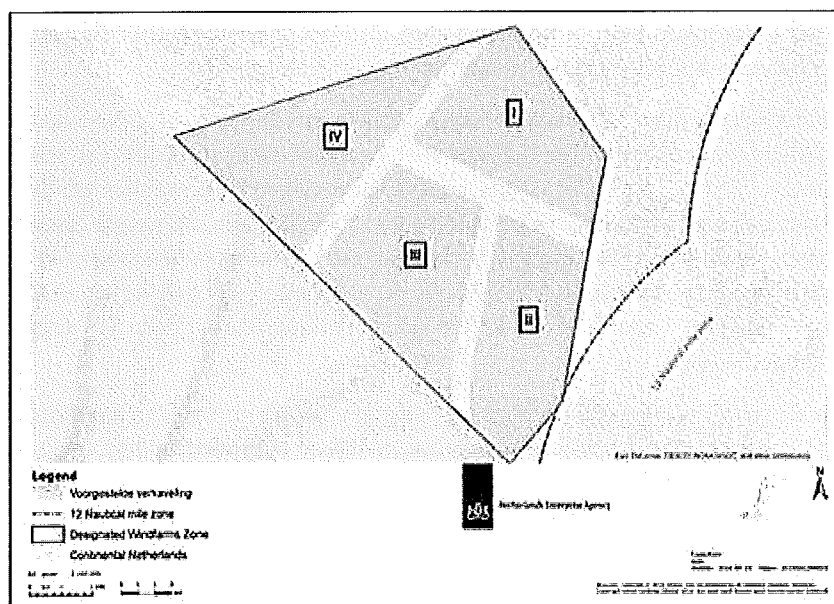
In de tweede plaats worden de in de tender toegekende bouw- en exploitatierechten neergelegd in een windvergunning. De windvergunning wordt geregeld in de Wet WoZ. De windvergunning geeft het recht om het windpark te bouwen en gedurende een bepaalde periode te exploiteren. Deze periode wordt in het kavelbesluit bepaald en bedraagt maximaal 30 jaar (4 lid 1 onder f en art. 15 lid 2 van het wetsvoorstel Wet WoZ). Het

kavelbesluit wordt in § 4.2 besproken. De vergunninghouder zal worden verplicht om het windpark na afloop van de exploitatieperiode te verwijderen. In het kavelbesluit kan worden bepaald dat financiële zekerheid wordt geëist voor het verwijderen, slopen of hergebruiken van een windpark (art. 28 wetsvoorstel Wet WoZ).

3.2 Tijdslijn van de 2015-tender

Het Ministerie van EZ heeft aangekondigd dat de definitieve Tenderregeling in juni 2015 zal worden gepubliceerd. Vervolgens zal de Minister van EZ voorafgaand aan de 2015-tender twee kavelbesluiten voor Borssele I en Borssele II nemen.¹²

@@@



Bron: notitie reikwijdte en detailniveau milieueffectrapport kavelbesluiten Borssele

Tevens zal de Uitvoeringsregeling windenergie op zee ('Uitvoeringsregeling') in de *Staatscourant* worden gepubliceerd.¹³ De Uitvoeringsregeling is een ministeriële regeling krachtens de Wet WoZ.¹⁴ Vervolgens kunnen in de periode 1 december 2015 tot en met 31 maart 2016 subsidieaanvragen worden ingediend (art. 4 en 14 Tenderregeling). Aangenomen mag worden dat in diezelfde periode ook windvergunningaanvragen kunnen worden ingediend.¹⁵ De subsidieaanvraag en de windvergunningaanvraag zijn twee afzonderlijke aanvragen. De subsidieaanvraag is gebaseerd op de Tenderregeling en het Besluit SDE. De windvergunningaanvraag is gebaseerd op de Wet WoZ.

Uiterlijk op 29 september 2016 zal de Minister van EZ een winnaar van de tender aanwijzen (art. 57 Besluit SDE). Deze winnaar verkrijgt de SDE-subsidieaanspraak en wordt houder van de windvergunning voor het betrokken kavel. Het is mogelijk dat het kavelbesluit op het moment van subsidie- en vergunningverlening nog niet onherroepelijk is. Bovendien staan zowel tegen de SDE-subsidiebeschikking als de windvergunning bezwaar en beroep (bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('CBB')) open. Dit maakt dat pas na geruime tijd na aanwijzing van de winnaar finaal duidelijk wordt of die winnaar inderdaad het windpark mag realiseren. Juridische procedures tegen de windvergunning en/of de SDE-subsidie kunnen de tijdige exploitatie van het park (zie § 3.3) in gevaar brengen. Dit komt voor risico van de winnaar.¹⁶ Bovendien is het denkbaar dat het tenderbedrag op grond waarvan een winnaar is aangewezen, door het tijdsverloop onder druk komt te staan. De geraamde (kost)prijzen die ten grondslag liggen aan het winnende tenderbedrag zullen namelijk slechts voor een bepaalde duur zijn gegarandeerd.

Een deelnemer aan de tender kan zich gedurende het besluitvormingsproces van de minister nog terugtrekken, door intrekking van zijn aanvragen. In dat geval is hij geen vergoeding verschuldigd. De winnaar zou zich zelfs ook na de subsidiegunning nog kunnen terugtrekken. Tot het moment dat hij de uitvoeringsovereenkomst heeft ondertekend (zie hierna § 3.3) is hij, ingeval hij zich terugtrekt, geen boete verschuldigd.

3.3 Bouw- en exploitatieplicht met bankgaranties

De winnaar van de tender moet binnen twee weken na subsidiegunning met de Staat een uitvoeringsovereenkomst (in de zin van art. 4:36 van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb')) sluiten. Ingeval de winnaar de uitvoeringsovereenkomst niet binnen twee weken ondertekent, treedt de subsidieverlening niet in werking (art. 8 Tenderregeling). De Minister van EZ kan dan de subsidie verlenen aan de aanvraag met het op één na laagste tenderbedrag.

In de uitvoeringsovereenkomst verplicht de winnaar zich om het windpark binnen vijf jaar na de subsidiegunning in gebruik te nemen ('exploitatieplicht') (art. 10 Tenderregeling en art. 1 van de uitvoeringsovereenkomst). Deze exploitatieplicht komt feitelijk (ook) neer op een bouwplicht. Indien het kavelbesluit op het moment van de subsidiebeschikking nog niet onherroepelijk is, verschuift de exploitatieplicht in de tijd naar achteren. In dat geval begint de vijfjaarstermijn te lopen op de dag dat het kavelbesluit onherroepelijk wordt (art. 10 lid 2 Tenderregeling).¹⁷ De vijfjaarstermijn wordt niet opgeschort door bezwaar en beroep tegen de subsidiegunning (en/of de windvergunning).

Indien de winnaar tekortschiet in zijn exploitatieplicht is hij een boete verschuldigd. Als de winnaar al in het eerste jaar na de subsidiegunning afstand van de subsidie doet, bedraagt die boete vijf miljoen euro (art. 4 lid 3 uitvoeringsovereenkomst).¹⁸ Om de betaling van deze boete te borgen, moet de winnaar binnen vier weken na de subsidiebeschikking een bankgarantie van vijf miljoen euro stellen (art. 2 lid 1 uitvoeringsovereenkomst en art. 8 lid 2 Tenderregeling). De verplichting om een bankgarantie te stellen, geldt ook indien het kavelbesluit nog niet onherroepelijk is. Indien de winnaar de bankgarantie van € 5 miljoen niet (tijdig) stelt, treedt de subsidiebeschikking niet in werking. De Minister van EZ kan ook dan de subsidie verlenen aan de aanvraag met het op één na laagste tenderbedrag.

Ingeval de winnaar van de tender na het eerste jaar na subsidiegunning afstand doet van het windpark of te laat start met de exploitatie, dan raakt hij een boete van maximaal 25 miljoen euro verschuldigd. Daarvoor moet hij eveneens een bankgarantie stellen. Anders dan bij het in gebreke blijven ter zake van de bankgarantie ad vijf miljoen euro, heeft het niet stellen van de bankgarantie van 25 miljoen euro geen directe gevolgen voor de (geldigheid van de) subsidiebeschikking. Bij het tekortschieten van de winnaar in de nakoming van de uitvoeringsovereenkomst blijft namelijk de subsidiebeschikking op zich van kracht. Wel zou de minister op grond van art. 4:48 Awb bevoegd kunnen zijn om de subsidie in te trekken.

Volgens de concept Tenderregeling en de concept uitvoeringsovereenkomst moet de bankgarantie van 25 miljoen euro ook worden gesteld, in de situatie dat het kavelbesluit een jaar na subsidiegunning nog niet onherroepelijk is.¹⁹ Ik kan mij evenwel voorstellen dat in die situatie de bankgarantie pas op een later moment hoeft te worden gesteld. Immers, gelet op de procedure die tegen het kavelbesluit openstaat²⁰, kan de situatie dat het kavelbesluit een jaar na subsidieverlening nog niet onherroepelijk is, zich slechts voordoen als daarin door de rechter gebreken zijn geconstateerd. Onder die omstandigheden komt het mij niet redelijk voor dat een ontwikkelaar al wel kosten moet maken voor het stellen van een bankgarantie van 25 miljoen euro.

²¹ Overigens is wel geregeld dat indien het kavelbesluit wordt gewijzigd naar aanleiding van een daartegen ingesteld beroep, de winnaar het recht heeft om zonder boete afstand te doen van de SDE-subsidie en de windvergunning (art. 4 lid 7 uitvoeringsovereenkomst). Onder die omstandigheden is het niet mogelijk om, met behoud van de SDE-subsidie, het tenderbedrag naar boven bij te stellen, ook al is het op zich voorstelbaar dat indien een windpark door aanpassing van het kavelbesluit kleiner wordt, de realisatiekosten per MW toenemen.²²

4. Informatieverstrekking voorafgaand aan de 2015-tender

4.1 Informatie moet duidelijk, toegankelijk en ondubbelzinnig zijn

De deelnemer aan de tender die tegen de laagste kosten elektriciteit kan produceren, wint de tender. Om de winnaar te kunnen vaststellen, moet iedere deelnemer in zijn subsidieaanvraag een tenderbedrag in kWh opgeven. Een deelnemer aan de tender zal de hoogte van het op te geven tenderbedrag berekenen op basis van de prijs van de turbines, de aanneemsom voor het heien, het plaatsen van de turbines en het aanleggen van de parkkabels, de onderhoudskosten gedurende exploitatie, de financieringskosten, etc. Deze kosten worden op hun beurt weer bepaald door de bouw- en exploitatiemogelijkheden van de twee Borssele-kavels. Deze bouw- en exploitatiemogelijkheden volgen uit de kavelbesluiten en de overige nieuwe regelgeving voor de nieuwe windparken. Opdat de deelnemende partijen de bouw- en exploitatiemogelijkheden volgens de regelgeving gelijk interpreteren moet de voorafgaand verstrekte informatie duidelijk, toegankelijk en ondubbelzinnig zijn. Verschillen in tenderbedragen mogen niet worden veroorzaakt door de wijze waarop de informatie door de

overheid wordt verstrekt. Dit volgt ook uit het transparantiebeginsel, zie § 2. In § 6 wordt nader uitgewerkt dat het transparantiebeginsel impliceert dat de door de overheid verstrekte informatie duidelijk, toegankelijk en ondubbelzinnig moet zijn.

4.2 Bouw- en exploitatiemogelijkheden volgens de kavelbesluiten

In de kavelbesluiten worden de locaties van de windparken en de locatie(s) van de aansluiting van de windparken op het hoogspanningsnet van TenneT aangewezen; zie ook § 5.2 van het februariartikel. Verder zal het kavelbesluit (de bandbreedten met betrekking tot) het vermogen en de afmetingen van de windturbines, de ruimte tussen de turbines, de toegestane funderingen en funderingstechnieken, en de elektrische infrastructuur in een windpark regelen.²³ Deze factoren bepalen in een belangrijke mate de investeringskosten van een windpark. Het kavelbesluit laat aan de winnaar van de tender c.q. de ontwikkelaar evenwel veel ruimte om een optimaal ontwerp te maken, afgestemd op de investeringskosten en de energieopbrengst. Vanwege deze ruimte is het niet waarschijnlijk dat de subsidiegunning en windvergunningverlening een concessie in de zin van de Aanbestedingswet 2012 vormen.²⁴ Zo is de winnaar van de tender vrij in zijn keuze over de te plaatsen windturbines en te gebruiken heilmethoden. Binnen zekere grenzen is een ontwikkelaar ook vrij om te bepalen hoeveel vermogen aan windturbines hij in het kavel kan en wil plaatsen. De door een ontwikkelaar te maken keuzes hebben stuk voor stuk implicaties op de investeringskosten van een windpark en daarmee op de hoogte van het tenderbedrag.

Tezamen met de kavelbesluiten zal de overheid locatiespecifieke gegevens over de twee Borssele-kavels beschikbaar stellen (art. 4, lid 2, sub d wetsvoorstel Wet WoZ). De overheid verricht momenteel onderzoek naar de bodem-, wind- en watercondities ter plaatste van de kavels Borssele I en II.²⁵ Deze onderzoeksgegevens zullen eveneens de hoogte van de investeringskosten bepalen. Op het eerste gezicht lijkt deze informatieverstrekking door de overheid tot een grote efficiëncyslag te leiden, ten opzichte van de oude systematiek. In de oude systematiek diende iedere potentiële ontwikkelaar zelf de bodem, wind en wateronderzoeken uit te voeren. In het februariartikel is daarom geconcludeerd dat de nieuwe systematiek voor marktpartijen een verbetering oplevert. Deze conclusie moet thans worden genuanceerd. Volgens de concept uitvoeringsovereenkomst zal de Staat namelijk met de winnaar van de tender overeenkomen dat de winnaar geen rechten kan ontlenen aan de onderzoeksgegevens en de Staat daarvoor vrijwaart (art. 5 concept uitvoeringsovereenkomst). Het is daarom de vraag in hoeverre een deelnemer aan de tender uitsluitend zal kunnen en durven vertrouwen op de beschikbaar gestelde onderzoeksgegevens. Waarschijnlijk zal de inperking van de aansprakelijkheid van de overheid ertoe leiden dat deelnemers aan de tender (op onderdelen) toch ook weer eigen onderzoeken zullen verrichten.

4.3 Bouw- en exploitatiemogelijkheden volgens overige regelgeving

In het februariartikel is uiteengezet dat voor de nieuwe windparken op zee een nieuwe juridische systematiek wordt opgezet. In de conclusies van dat artikel constateerde ik al dat die nieuwe systematiek ertoe leidt dat in een kort tijdsbestek veel nieuwe regels, verdeeld over verschillende wetten, amvb's en ministeriële regelingen worden ingevoerd. Zo zal een deelnemer aan de tender ook rekening moeten houden met de regulering van het net op zee in de nieuwe Elektriciteits- en gaswet. In dat kader zal onder meer een aansprakelijkheidsregeling worden vastgesteld, die de rechtsverhouding tussen een windparkexploitant en de beheerder van het hoogspanningsnet (TenneT) regelt ingeval van een te late aansluiting van het windpark en netstoringen. Deze regeling is essentieel voor het risico dat een ontwikkelaar moet incalculeren en daarmee voor het op te geven tenderbedrag.²⁶ De exploitatiemogelijkheden van een kavel zullen verder ook worden bepaald door algemene regels krachtens de Waterwet.²⁷ Andere relevante regelgeving voor de 2015-tender betreffen, onder meer, de Algemene uitvoeringsregeling stimulerende duurzame energieproductie ('Algemene uitvoeringsregeling'), de Beleidsregels cumulatietoets steun in het kader van het Besluit stimulerende duurzame energieproductie, de subsidietitel uit de Awb (titel 4.2 Awb; zie in het bijzonder de intrekings- en wijzigingsbevoegdheden krachtens afdeling 4.2.6 Awb),²⁸ de Wet WoZ, de Uitvoeringsregeling en de Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020.²⁹

Niet alleen is de informatie op basis waarvan een deelnemer zijn tenderbedrag moet bepalen gefragmenteerd, ook zal essentiële informatie pas op een laat moment beschikbaar komen. Zo zal de regelgeving met betrekking tot het net op zee op zijn vroegst per 1 januari 2016 in werking treden, terwijl de 2015-tender op 1 december 2015 opent en op 31 maart 2016 sluit. Ook andere regelgeving die relevant is voor de hoogte van het tenderbedrag is op dit moment nog niet finaal en wordt dat naar verwachting pas in de loop van 2015. Dat geldt in ieder geval voor de Wet WoZ, de Tenderregeling, de Uitvoeringsregeling en de algemene regels krachtens de

Waterwet. De kavelbesluiten voor de Borssele-kavels worden naar verwachting pas in het najaar van 2015 vastgesteld.³⁰ Omwille van een duidelijke en toegankelijke informatieverstrekking wordt de finale regelgeving op de kortst mogelijke termijn openbaar gemaakt. Daarbij moet worden bedacht dat de periode van 1 december 2015 tot en met 31 maart 2016 op zichzelf al vrij kort is om, gelet op bijvoorbeeld de complexiteit en omvang van het project, een tenderbedrag te bepalen. Voor partijen die voor, onder meer, de inkoop van turbines en opdrachtverstrekking aan aannemers aanbestedingsplichtig zijn, zal de periode van vier maanden te kort zijn om een volledige aanbestedingsprocedure te doorlopen.

Een ander aandachtspunt is dat tussen de verschillende regelingen geen tegenstrijdigheden mogen bestaan³¹, temeer nu tussen de verschillende regelingen niet altijd een rangorde zal bestaan. Staatsrechtelijk is een ministeriële regeling van omgevingsrechtelijke aard namelijk van gelijk gewicht als een ministeriële regeling van subsidierechtelijke of energierechtelijke aard. Indien regelgeving niet naadloos op elkaar aansluit, leidt dat tot onduidelijkheden bij de deelnemers aan de tender.

Ten gevolge van de fragmentatie van de regelgeving, de late beschikbaarheid van essentiële informatie en eventuele tegenstrijdigheden kan voor de deelnemers aan de tender een onduidelijk beeld ontstaan over de bouw- en exploitatiemogelijkheden van de Borssele-kavels. Vooral voor buitenlandse geïnteresseerden zal het lastig zijn zich een weg te banen door de verschillende wetten, lagere regelgeving en besluiten. De overheid organiseert weliswaar op dit moment al Engelstalige Informatiedagen, uiteindelijk zullen de letterlijke en officieel gepubliceerde (wet)teksten bepalend zijn. De fragmentatie van de regelgeving, de late beschikbaarheid van essentiële informatie en eventuele tegenstrijdigheden zouden daarom tot gevolg kunnen hebben dat partijen (onterecht) bepaalde risico's in hun tenderbedrag incalculeren of zelfs afzien van deelname aan de tender. De informatieverstrekking zou dan op gespannen voet staan met het transparantiebeginsel (zie ook hierna § 6.1).

5. Eisen aan een geldige bieding

5.1 Buiten behandeling stellen van een bieding

Deze paragraaf beschrijft welke eisen worden gesteld aan een geldige bieding. Onder een geldige bieding wordt verstaan: een subsidie- en een windvergunningaanvraag die voldoen aan de wettelijke eisen. De Minister van EZ kan een bieding die niet voldoet aan de wettelijke eisen met toepassing van art. 4:5 lid 1 onder a Awb buiten behandeling stellen.³² Aannemende dat het beginsel van gelijke behandeling onverkort op de tender van toepassing is (zie § 2), moet art. 4:5 Awb niet worden gelezen als een bevoegdheid, maar als een verplichting. Omwille van het borgen van een gelijk speelveld moeten aanvragen die niet voldoen aan de wettelijke eisen buiten behandeling worden gesteld.

Een bieding in de 2015-tender kan betrekking hebben op één van de Borssele-kavels of op de beide kavels tezamen. In het laatste geval wordt gesproken over een gebundelde aanvraag. Een gebundelde aanvraag wordt behandeld als één aanvraag (art. 60 lid 5 Besluit SDE).³³ Echter, door middel van een gebundelde aanvraag doet een deelnemer feitelijk voor beide kavels een aanvraag, met dien verstande dat voor beide kavels hetzelfde tenderbedrag wordt opgegeven (art. 19 lid 1 Besluit SDE).³⁴ Een gebundelde aanvraag wordt namelijk, ingeval het een geldige bieding betreft en geen weigeringsgronden bestaan, in beide rangschikkingen opgenomen. Dat in de 2015-tender twee rangschikkingen - dat wil zeggen een rangschikking voor Borssele I en een rangschikking voor Borssele II - worden gemaakt, wordt in § 6 uitgewerkt.

In de 2015-tender wordt geëist dat een deelnemer moet beschikken over een eigen vermogen van tenminste 5% van de benodigde investeringskosten. Deze eis wordt in § 5.2 besproken. In § 5.3 komen de overige eisen aan een geldige bieding aan bod.

5.2 Vermogenseis van 5%

De Tenderregeling bepaalt dat een bieding alleen geldig is als de betrokken deelnemer beschikt over een eigen vermogen ter grootte van ten minste 5% van de totale investeringskosten van een windpark (art. 5 onder a Tenderregeling).³⁵ Als een gebundelde aanvraag wordt ingediend, moet de deelnemer beschikken over ten minste 5% van de totale investeringskosten voor de twee windparken. Aan de vermogenseis van 5% moet worden voldaan op het moment dat de subsidieaanvraag wordt ingediend.

De ratio achter de 5%-vermogenseis is dat, juist omdat het gaat om de toekenning van schaarse rechten, de winnaar ook financieel in staat moet zijn om het windpark te realiseren en exploiteren op basis van het door hem geboden tenderbedrag.³⁶ De Tenderregeling vereist niet dat de deelnemer garandeert dat dit eigen

vermogen ook daadwerkelijk beschikbaar is voor de investering in het windpark. Bovendien impliceert de 5%-vermogenseis niet dat een deelnemer voldoende vreemd vermogen zal kunnen aantrekken om het windpark te financieren.³⁷

Bij de vaststelling of de deelnemer beschikt over voldoende vermogen is het meest recente jaarverslag bepalend (art. 13 onder A van de Tenderregeling). In het jaarverslag staat een jaarrekening, waarin de activa en de schulden van de deelnemer zijn opgenomen. Door het in mindering brengen van de (in de jaarrekening vermelde) schulden op de activa wordt duidelijk of een deelnemer over voldoende eigen vermogen beschikt. Bijvoorbeeld: indien de investeringskosten € 1,3 miljard bedragen, dan moet uit het meest recente jaarverslag van de deelnemer aan de tender volgen dat hij ten minste over een eigen vermogen beschikt van € 65 miljoen. De concept Tenderregeling eist op zich niet het eigen vermogen moet volgen uit een gedeponeerde jaarrekening. Evenmin eist de Tenderregeling dat de jaarrekening moet zijn voorzien van een accountantsverklaring. Gelet op het achterliggende doel van de 5%-eis zou het eisen van een gedeponeerde jaarrekening, voorzien van een accountantsverklaring wel in de rede liggen.³⁸

Het is de vraag of met de wijze waarop de 5%-vermogenseis op dit moment in de concept Tenderregeling is neergelegd, niet onbedoeld bepaalde entiteiten buiten de tender worden gehouden. Als dat het geval is, moet de Tenderregeling worden aangepast. De tekst van de concept Tenderregeling is namelijk op zich duidelijk en laat weinig interpretatieruimte. Als de Tenderregeling ten opzichte van het concept ongewijzigd zou zijn, dan verzetten het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel zich ertegen dat bij de beoordeling van de 5%-vermogenseis andere feiten of documenten dan het jaarverslag worden betrokken.

Ter illustratie schets ik twee gevallen waarin de minister niet op basis van een jaarverslag kan vaststellen dat een deelnemer voldoet aan de 5%-vermogenseis. Ten eerste is het waarschijnlijk dat tenderbiedingen worden gedaan door speciaal daarvoor opgerichte consortia. In dat geval zouden de in een consortium deelnemende partners gezamenlijk de aanvragen kunnen indienen. Indien zij dan de tender winnen, worden de subsidiebeschikking en windvergunning op naam van ieder van de partners gesteld.³⁹

Echter, het ligt meer voor de hand dat een consortium een speciaal daarvoor opgerichte project B.V. opricht, welke project B.V. aan de tender deelneemt. Het is zeer wel denkbaar dat deze project B.V. op het moment dat de tender sluit op 31 maart 2016 nog niet beschikt over een jaarverslag. Bovendien zullen de consortiumpartners niet voorafgaand aan de bieding - als nog niet bekend is of zij het windpark ook daadwerkelijk mogen bouwen - ervoor zorgdragen dat de B.V. beschikt over eigen vermogen (ter grootte van ten minste 5% van de investeringskosten). Indien deze project B.V. een bieding doet, dan zal die bieding daarom niet voldoen aan de 5%-vermogenseis. De bieding kan dan niet worden gehonoreerd, ook al bevat de bieding het laagste tenderbedrag.⁴⁰ Zeker ingeval vaststaat dat de achterliggende consortiumpartners beschikken over voldoende eigen vermogen, lijkt deze uitkomst mij onwenselijk. Ik kan mij voorstellen dat voor een dergelijke situatie, bijvoorbeeld, in de Tenderregeling wordt opgenomen dat ook aan de 5%-vermogenseis wordt voldaan indien de achterliggende consortiumpartners zich voor een bepaald bedrag garant stellen.

Ten tweede is het denkbaar dat een commanditaire vennootschap deelneemt aan de 2015-tender. In een eerdere tender voor windparken op zee in 2010 zijn twee van de drie subsidies verleend aan commanditaire vennootschappen. Een commanditaire vennootschap hoeft niet te beschikken over een jaarverslag. Het is onduidelijk hoe in een dergelijk geval wordt beoordeeld of de deelnemer aan de tender beschikt over 5% eigen vermogen.

5.3 Overige vereisten voor een geldige bieding

Naast de eis dat een deelnemer moet beschikken over 5% eigen vermogen gelden nog andere eisen. Zo kunnen biedingen alleen worden gedaan in de periode 1 december 2015 tot en met 31 maart 2016 (tot 17.00 uur). Het tenderbedrag mag niet het in de Tenderregeling op te nemen maximumbedrag overschrijden.⁴¹ Verder moet de bieding betrekking hebben op een windpark met een bepaald vermogen. Dat vermogen bedraagt maximaal 380 MW en minimaal 351 MW minus het vermogen van één turbine.⁴² Voorts dient een bieding volledig te zijn. Dat impliceert onder meer dat bij de bieding een planning, een exploitatieberekening en een energieopbrengstberekening worden gevoegd. De winnaar is verplicht om het windpark conform deze stukken bij de bieding te bouwen en exploiteren.⁴³

Een deelnemer aan de tender dient door middel van een energieopbrengstberekening - in de praktijk aangeduid als het windrapport - inzichtelijk te maken hoeveel energie hij per jaar verwacht te produceren. Deze verwachting resulteert in de opgave van een maximaal aantal vollasturen in de bieding (art. 23 lid 5 Besluit SDE jo. art. 11 lid 2 Tenderregeling).⁴⁴ Dit wordt de netto P50-waarde vollasturen genoemd. Het maximaal aantal

vollasturen is dus geen vast, voor alle deelnemers gelijk getal, maar wordt vastgesteld op het aantal uren dat een deelnemer zelf in zijn bieding opgeeft. Een deelnemer heeft er echter belang bij het maximaal aantal vollasturen zo hoog mogelijk te bepalen, omdat deze uren direct de hoogte van de maximaal uit te betalen subsidie bepalen (zie ook hiervoor § 3.1).⁴⁵ Hoe hoger de netto P50-waarde vollasturen, des te meer subsidie kan worden uitbetaald.

Over het in de bieding opgegeven maximaal aantal vollasturen kan discussie ontstaan. In dat geval is het problematisch dat de spelregels voor de 2015-tender over de bepaling van het maximaal aantal vollasturen vrij algemeen zijn. Vereist is namelijk slechts dat het maximaal aantal vollasturen door (een zogenoemd windrapport opgesteld door) een onafhankelijk expert wordt bepaald. Die onafhankelijke expert moet zich baseren op gerenommeerde modellen en windkaarten (art. 2, lid 2, onder e, Algemene uitvoeringsregeling). Welke partijen als onafhankelijk expert gelden en welke modellen als gerenommeerd worden beschouwd, is evenwel niet duidelijk. Hierover kunnen daarom verschillen van inzicht ontstaan tussen de overheid, de winnaar van de tender en de overige deelnemers. Ook om deze reden bestaat een gespannen relatie tussen de spelregels voor de 2015-tender en het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel.

De Tenderregeling maximaliseert het aantal aanvragen per deelnemer op drie. Een deelnemer kan voor elk van de kavels een aanvraag indienen en voor beide kavels tezamen (art. 4 lid 4). Niet is geregeld hoe wordt bepaald welke aanvragen worden beoordeeld, indien een deelnemer teveel aanvragen indient. Het is onduidelijk of in dat geval alle aanvragen van de betrokken deelnemer buiten behandeling worden gesteld. Als dat de bedoeling is, dan zou dat expliciet moeten worden bepaald.

6. Bepaling van de winnaar

6.1 Weigeringsgronden voor de SDE-subsidie

Nadat de Minister van EZ heeft beoordeeld of een bieding geldig is, dient hij te beoordelen of die bieding in de rangschikking kan worden opgenomen. Een bieding wordt niet in de rangschikking opgenomen, indien een weigeringsgrond bestaat. De biedingen waarvoor geen weigeringsgrond bestaat, worden gerangschikt op de hoogte van het in de subsidieaanvraag opgegeven tenderbedrag. De bieding met het laagste tenderbedrag wordt het hoogst gerangschikt en wint - behoudens een situatie genoemd in § 6.2 - de tender (art. 60 lid 3 Besluit SDE).⁴⁶ In deze paragraaf staat centraal hoe de Minister van EZ beoordeelt of voor een (op zich geldige) bieding een weigeringsgrond bestaat.

Uit het transparantiebeginsel vloeit voort dat weigeringsgronden objectief, niet-discriminerend en vooraf kenbaar moeten zijn. Het transparantiebeginsel vereist dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. De reden hiervoor is enerzijds dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende deelnemers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde wijze interpreteren; zie ook § 4. Anderzijds moeten de weigeringsgronden objectief, niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, opdat de overheid in staat is om te beoordelen of de biedingen voldoen aan de van toepassing zijnde criteria.⁴⁷ Daarbij moet worden voorkomen dat de overheid haar beoordelingsruimte op een willekeurige wijze kan invullen.⁴⁸ Het is zeer de vraag of de weigeringsgronden c.q. de beoordelingscriteria voor opname van een subsidieaanvraag in de rangschikking, voldoen aan deze vereisten.⁴⁹ Weliswaar is vereist dat een windpark waarvoor een bieding wordt gedaan uitvoerbaar, technisch haalbaar, financieel haalbaar en economisch haalbaar is (zie hierna), de wijze waarop deze criteria door de Minister van EZ worden uitgelegd is niet of nauwelijks duidelijk.

Op de 2015-tender is, naast de Tenderregeling, het Besluit SDE van toepassing. Dat brengt met zich dat voor de opname van een bieding, althans de subsidieaanvraag, in de rangschikking is vereist dat (het aannemelijk is dat)⁵⁰ :

1. binnen vier jaar nadat de windvergunning onherroepelijk is geworden met de bouw kan worden begonnen (art. 5 sub b Tenderregeling jo. art. 1 lid 2 Uitvoeringsregeling);
2. het windpark binnen vijf jaar na de subsidiebeschikking (of het onherroepelijk worden van het kavelbesluit) kan worden geëxploiteerd (art. 59 lid 1 onder b Besluit SDE jo. art. 10 Tenderregeling);
3. het windpark uitvoerbaar en technisch haalbaar is (art. 59 lid 1 onder c (sub 1 en 2) Besluit SDE);
4. het windpark financieel haalbaar is (art. 59 lid 1 onder c (sub 3) Besluit SDE en art. 5 sub b Tenderregeling jo. art. 1 lid 1 Uitvoeringsregeling); en
5. het windpark economisch haalbaar is (art. 59 lid 1 onder c (sub 4) Besluit SDE en art. 5 sub b Tenderregeling jo. art. 1 lid 3 Uitvoeringsregeling).

Indien aan één of meer van deze vereisten niet wordt voldaan, bestaat er een verplichte weigeringsgrond en wordt de subsidieaanvraag niet opgenomen in de rangschikking (art. 60 lid 1 aanhef Besluit SDE).

De vereisten onder 1 en 2 zijn het meest duidelijk. Een kanttekening die bij het vereiste onder 1 kan worden gemaakt, is dat daaraan in de praktijk geen betekenis kan toekomen. Op het moment van de beoordeling van de bieding is het namelijk volstrekt onduidelijk wanneer de windvergunning onherroepelijk zal worden. Dat is immers afhankelijk van eventuele procedures tegen de windvergunning, die pas na afloop van de tender kunnen worden gestart. Bij de beoordeling van het vereiste onder 4 - 'het moet aannemelijk zijn dat het windpark financieel haalbaar is' - zal worden gekeken naar de 5%-vermogens eis (zie § 5.2). Het is evenwel onduidelijk of bij die beoordeling van de financiële haalbaarheid nog andere aspecten kunnen meewegen. Zo zal, als gezegd, een eigen vermogen van 5% onvoldoende zijn om externe financiering aan te trekken. In ieder geval verdient het aanbeveling om in de Tenderregeling een koppeling te leggen tussen het vereiste van de (aannemelijkheid van) financiële haalbaarheid krachtens het Besluit SDE en de 5%-vermogens eis krachtens de Tenderregeling. Een dergelijke koppeling ontbreekt in de concept Tenderregeling. Als het de Minister van EZ voor ogen staat dat in het kader van de beoordeling van de financiële haalbaarheid alleen wordt gekeken naar het eigen vermogen van de aanvrager, dan moet dat met zoveel woorden in de Tenderregeling worden opgenomen. Onduidelijk hieromtrent geeft verliezers van de tender aanknopingspunten om de subsidiegunning bij de rechter - het CBb - ter discussie te stellen. Dat kan (tenminste) leiden tot vertraging van het windpark, nog daargelaten of de verliezers bij het CBb een kans op succes zouden hebben.

Juridisch het meest kwetsbaar zijn het vereiste onder 3 (de aannemelijkheid van de uitvoerbaarheid en de technische haalbaarheid) en het vereiste onder 4 (de aannemelijkheid van de economische haalbaarheid). Voor de wijze waarop de uitvoerbaarheid en de technische haalbaarheid worden beoordeeld, biedt de regelgeving voor de 2015-tender in het geheel geen aanknopingspunten.⁵¹ Het zou bijvoorbeeld logisch zijn om te regelen dat het windpark niet haalbaar wordt geacht als niet tevens tijdig een windvergunning is aangevraagd.

Bij de beoordeling van de economische haalbaarheid zullen de verplicht bij de bieding te voegen exploitatieberekening en energieopbrengstberekening (zie § 5.3) worden betrokken. Het is echter geheel onduidelijk onder welke omstandigheden de daarin opgenomen informatie tot de conclusie kan leiden dat het (aannemelijk is dat het) windpark economisch niet-haalbaar is. Om deze redenen staan de spelregels voor de 2015-tender op gespannen voet met het transparantiebeginsel.

Het verdient aanbeveling om in de definitieve Tenderregeling heldere en concrete criteria op te nemen omtrent de wijze waarop de algemene criteria krachtens (art. 59 van) het Besluit SDE worden ingevuld. Bij gebreke daarvan bestaat het risico dat de winnende bieding bij het CBb ter discussie wordt gesteld en in dat kader een gerechtvaardigd beroep op het transparantiebeginsel wordt gedaan.

6.2 Bovenaan in de rangschikking, maar toch geen winnaar

Zelfs indien een geldige bieding (§ 5), waarvoor geen weigeringsgrond bestaat (§ 6.1), het laagste tenderbedrag bevat en daarom het hoogste in de rangschikking eindigt, kan zich de situatie voordoen dat op die bieding toch geen subsidie wordt verleend. In de eerste plaats zij gewezen op art. 4:25 lid 2 Awb. Dat artikel bepaalt dat een subsidie wordt geweigerd voor zover door verstrekking van de subsidie het subsidieplafond zou worden overschreden.⁵² Als het subsidieplafond wordt overschreden, dan is problematisch dat in de Tenderregeling één subsidieplafond, voor beide kavels, wordt bepaald.⁵³ Naar mag worden aangenomen zal één bieding in ieder geval kunnen worden gehonoreerd, zonder overschrijding van het subsidieplafond. Niet is geregeld welke bieding (voor welk kavel) dan de tender wint.

In de tweede plaats kunnen meerdere biedingen hetzelfde tenderbedrag noemen. Indien deze biedingen bovenaan in de rangschikking staan, wordt er geloot (art. 6 lid 9 Tenderregeling). In de derde plaats wordt de hoogste in de rangschikking geplaatste bieding ook geweigerd, indien een bieding van dezelfde deelnemer ook in de rangschikking van het andere kavel het hoogst is gerangschikt, terwijl die deelnemer slechts beschikt over voldoende eigen vermogen voor één windpark (zie § 5.2) (art. 6 lid 8 Tenderregeling). In deze laatste situatie gaat het dus niet om een gebundelde aanvraag, maar om een deelnemer die voor beide kavels twee afzonderlijke aanvragen heeft ingediend.

6.3. Weigeringsgronden voor de windvergunning

Om de bouw- en exploitatierechten van een windpark te verkrijgen, moet een deelnemer aan de tender ook een windvergunningaanvraag indienen. Per kavel wordt één windvergunning verleend. In de Tenderregeling is geen koppeling gelegd dus een geldige SDE-subsidieaanvraag en een windvergunningaanvraag (zie ook § 6.2).

De weigeringsgronden voor de windvergunning zijn geregeld in de Wet WoZ (art. 14 en 20 wetsvoorstel Wet WoZ). Deze weigeringsgronden stemmen overeen met de weigeringsgronden van de SDE-subsidie, met dien verstande dat aanvullend is geregeld dat de windvergunningaanvraag niet in strijd mag zijn met het kavelbesluit. Als er geen gronden zijn om de windvergunning te weigeren, wordt de vergunning slechts verleend als aan de betrokken deelnemer ook de SDE-subsidie wordt verleend (art. 21 lid 1 wetsvoorstel Wet WoZ).

7. Conclusie: solide basis voor een eerlijke concurrentie?

In het februariartikel in dit tijdschrift heb ik geconcludeerd dat de Wet WoZ en de nieuwe systematiek voor windparken op zee voor marktpartijen een verbetering vormen, ten opzichte van het huidige stelsel.⁵⁴ In het voorliggende artikel heb ik onderzocht of de spelregels voor de 2015-tender een solide basis bieden voor een eerlijke concurrentie om de twee Borssele-windparken. Daarbij heb ik vooral gewezen op een drietal pijnpunten van die spelregels. Deze pijnpunten doen op zich niet af aan mijn eerdere conclusie dat de nieuwe systematiek voor windparken op zee een goede zaak is. Echter, zij zouden moeten worden weggenomen door een aanpassing van de definitieve Tenderregeling, ten opzichte van de concept Tenderregeling waarover in april 2015 een internetconsultatie heeft plaatsgevonden.

In de eerste plaats heb ik geconcludeerd dat de informatie waarop de deelnemers zich moeten baseren, gefragmenteerd is, pas laat beschikbaar komt en soms onduidelijk is. Het is voor partijen die willen deelnemen aan de tender lastig om een alomvattend overzicht te krijgen van de relevante regels, die zij bij hun bieding moeten betrekken.

In de tweede plaats heb ik erop gewezen dat de wijze waarop de 5%-vermogens eis is geformuleerd, bepaalde deelnemers (zoals project B.V.'s) uitsluit. Het is de vraag of dat de bedoeling is, aangezien deze deelnemers op zich zeer wel in staat zouden kunnen zijn om één of beide Borssele-windparken te realiseren. Hiernaast heb ik geconstateerd dat de 5%-vermogens eis niet garandeert dat een deelnemer aan de tender ook daadwerkelijk vermogen beschikbaar heeft voor de investering in het windpark, laat staan dat hij in staat is om voldoende vreemd vermogen aan te trekken.

In de derde plaats is het toetsingskader van de tender op onderdelen te algemeen. Zo is het voor deelnemers aan de tender onduidelijk welke concrete eisen gelden voor de opname van een bieding in de rangschikking. Er wordt volstaan met algemeenheden als 'economische haalbaarheid' en 'technische haalbaarheid'. Verder is erop gewezen dat de eisen die aan het windrapport worden gesteld te algemeen zijn. Vooral omdat het windrapport direct de hoogte van de uit te betalen subsidie beïnvloedt, zouden daaraan gedetailleerdere eisen moeten worden gesteld. Dat geldt te meer nu een groot budgetbeslag van een aanvraag (ten gevolge van een (te) rooskleurig windrapport) met zich kan brengen dat het subsidieplafond onvoldoende ruimte biedt voor het subsidiëren van beide Borssele-parken.

Bij gebreke van duidelijke eisen voor opname in de rangschikking en concretere eisen aan het windrapport is het voor deelnemers aan de tender op voorhand niet duidelijk wat van hen wordt verwacht. Deze onduidelijkheid biedt aanknopingspunten voor, bijvoorbeeld, verliezers van de tender, om de uitslag van de tender bij de rechter ter discussie te stellen. De wetgever zou, door aanpassing van de Tenderregeling, op voorhand zoveel mogelijk moeten uitsluiten dat de SDE-subsidie (en windvergunning) dan onderuit gaan. Als de wetgever deze verduidelijking niet geeft, bestaat het risico dat enerzijds geldige biedingen worden ingediend en een winnaar wordt aangewezen, maar anderzijds het gunningsbesluit in rechte onderuit gaat of door juridische procedures zoveel vertraging wordt opgelopen dat de projecten niet meer (binnen vijf jaar) kunnen worden gerealiseerd. De 2015-tender loopt dan alsnog op een teleurstelling uit.

Het gevolg geven aan deze aanbeveling om de eisen voor opname in de rangschikking en de eisen aan het windrapport te verduidelijken, laat overigens de in de Tenderregeling neergelegde risicoverdeling tussen de overheid en de winnaar onverlet. Ik heb onderbouwd dat de risico's van juridische procedures tegen het kavelbesluit en het gunningsbesluit vooral bij de winnaar worden gelegd. Zo bevat de (contractuele) verplichting om het windpark binnen vijf jaar te exploiteren geen uitzondering ingeval van (vertraging door) juridische procedures tegen het gunningsbesluit. Als het kavel, bijvoorbeeld, wordt verkleind naar aanleiding van juridische procedures tegen het kavelbesluit kan de winnaar geen aanspraak maken op eventueel hogere (investerings)kosten (per gerealiseerde MW). Verder heb ik inzichtelijk gemaakt dat vertraging veroorzaakt door juridische procedures kan leiden tot verminderde subsidie-inkomsten voor de winnaar. Het Besluit SDE eist namelijk dat de subsidieverstreking binnen vijf jaar na gunning moet ingaan. Het is wettelijk niet mogelijk om

een uitzondering daarop te maken, zodat ook dit risico voor rekening van de winnaar komt. Op zich zijn deze condities waaronder de SDE-subsidieverlening (en windvergunningverlening) plaatsvindt op voorhand duidelijk, doch het is de vraag of het ook wenselijk is om deze risico's bij de winnaar van de tender neer te leggen.

-
- 1 Marjolein Dieperink is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam en als onderzoeker verbonden aan de afdeling staat- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Ontwikkelingen tot 15 april 2015 zijn in dit artikel verwerkt.
 - 2 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 561 en 34 058, nr. 15. Het bedrag van twaalf miljard euro miljard betreft een schatting. De uiteindelijke hoogte van de subsidie hangt af van de toekomstige elektriciteitsprijzen.
 - 3 M.A.M. Dieperink, 'Betere investeringskansen voor windenergie op zee? (I); Een analyse van de nieuwe Wet windenergie op zee', TBR 2015/17 (/tbr/2015-17), p. 86-94.
 - 4 Zie: <www.internetconsultatie.nl/regelingwindenergieopzee2015>.
 - 5 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 058, nr. 2. Het wetsvoorstel is op 26 maart 2015 door de Tweede Kamer aangenomen, zie *Handelingen II* 2014/2015, 68, item 21.
 - 6 Ik beoordeel slechts summier of de (spelregels voor de) 2015-tender een solide basis vormen voor de financiering van windparken op zee.
 - 7 Vgl. HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Betfair*), r.o. 46. Zie ook: A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een bouwschouwing naar aanleiding van het *Betfair*-arrest', *NTB* 2012/25 en A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten; een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht* (diss.), Kluwer: Alphen aan de Rijn 2015, o.a. § 12.4.
 - 8 Dit betreft een schatting op basis van de kengetallen van de momenteel in aanbouw zijnde windparken Luchterduinen en Gemini. Luchterduinen heeft een vermogen van 129 MW en zal circa 150.000 huishoudens van elektriciteit kunnen voorzien. Gemini heeft een vermogen van 600 MW en zal 785.000 huishoudens van elektriciteit kunnen voorzien.
 - 9 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat windenergieprojecten vanaf 2015 kunnen banken. Dit houdt in dat slechte windjaren in het zestiende subsidiejaar kunnen worden gecompenseerd, zodat, strikt genomen, gedurende zestien jaar een subsidieaanspraak bestaat. Voor de Borssele-kavels zal in de Tenderregeling worden opgenomen dat banking kan plaatsvinden (art. 9 lid 3 concept Tenderregeling jo. art. 23 leden 3 en 4 Besluit SDE).
 - 10 Krachtens art. 22 lid 1 Besluit SDE wordt voor het bepalen van de subsidiabele kosten eveneens de waarde van de garanties van oorsprong in minder gebracht op het tenderbedrag.
 - 11 In de concept Tenderregeling is de basiselektriciteitsprijs nog niet ingevuld. Tijdens een voorlichtingsbijeenkomst op 30 maart 2015 is namens de Minister van EZ een richtbedrag van € 29 per MWh genoemd.
 - 12 Op dit moment wordt voor de twee kavels een milieueffectrapport opgesteld, *Stcrt.* 2014, 29729. Het windenergiegebied Borssele bevat vier kavels. Naar verwachting zal in 2016 een tender plaatsvinden waarin de twee andere Borssele-kavels worden verdeeld.
 - 13 Nota bene: de Uitvoeringregeling Wet windenergie op zee (op basis van de Wet WoZ) moet worden onderscheiden van de Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie (op basis van het Besluit SDE). Beide uitvoeringsregelingen zijn relevant voor de 2015-tender.
 - 14 In de periode 2 tot en met 30 april 2015 heeft eveneens een internetconsultatie plaatsgevonden over de concept Uitvoeringsregeling.
 - 15 Art. 20 wetsvoorstel Wet WoZ bepaalt dat windvergunningaanvragen worden ingediend in de periode dat een SDE-subsidieaanvraag wordt ingediend. Art. 23 wetsvoorstel Wet WoZ stelt vervolgens dat de windvergunning wordt aangevraagd binnen een bij ministeriële regeling vastgestelde aanvraagperiode. Dit is vooralsnog niet opgenomen in de Uitvoeringsregeling.
 - 16 Het risico dat de winnaar niet tijdig het kavel kan exploiteren omvat in de eerste plaats het risico dat hij tekortschiet in de nakoming van de uitvoeringsovereenkomst en uit dien hoofde boetes verschuldigd raakt; zie § 3.3. In de tweede plaats impliceert dit risico het mislopen van subsidie-inkomsten. Het verstrekken van de subsidiebetalingen moet namelijk krachtens art. 6 lid 2 Besluit SDE (jo. art. 61 lid 1 Besluit SDE jo. art. 10 lid 1 Tenderregeling) binnen vijf jaar na de subsidiebeschikking aanvangen. Het is niet mogelijk om, bijvoorbeeld met toepassing van art. 62 lid 3 Besluit SDE, uitstel van deze vijfjaarstermijn te verkrijgen. Indien later (dan vijf jaar na subsidiegunning) wordt aangevangen met de subsidieverstrekking, dan gaat dat ten koste van de subsidieduur van vijftien jaar.

- 17 De omstandigheid dat later dan vijf jaar na subsidiegunning met de exploitatie mag worden gestart, laat onverlet dat de subsidieverstreking krachtens art. 6 lid 2 Besluit SDE niet later dan vijf jaar na subsidiegunning kan aanvangen, althans dat een latere aanvangsdatum ten koste gaat van de subsidie-inkomsten. Zie ook noot 16.
- 18 In art. 2 lid 3 van de uitvoeringsovereenkomst wordt de situatie geregeld dat de subsidiebeschikking binnen een jaar na verlening wordt ingetrokken. In dat geval is de winnaar niet verplicht om de tweede bankgarantie van vijftientig miljoen euro te stellen.
- 19 Evenmin is geregeld dat de tweede bankgarantie van vijftientig miljoen euro niet hoeft te worden gesteld, indien de SDE-subsidie en de windvergunning een jaar na gunning nog niet onherroepelijk zijn.
- 20 Op de procedure tot vaststelling van het kavelbesluit is de Crisis- en herstelwet van toepassing (art. 8 wetsvoorstel Wet WoZ). Tegen het kavelbesluit staat beroep in één instantie bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State open.
- 21 In de Tenderregeling en in de uitvoeringsovereenkomst is wel geregeld dat indien vertraging wordt opgelopen bij het onherroepelijk worden van het kavelbesluit, een ontwikkelaar niet onverkort met de ontwikkeling van het windpark hoeft door te gaan. In die situatie krijgt een ontwikkelaar langer dan vijf jaar de tijd om het windpark te bouwen en te starten met de exploitatie; zie art. 10 Tenderregeling en art. 1 uitvoeringsovereenkomst.
- 22 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling zich zouden kunnen verzetten tegen een regeling waarbij het tenderbedrag naar boven wordt bijgesteld, ingeval het kavelbesluit na de tender wordt gewijzigd.
- 23 Zie de informatie op de website van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO): <http://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/duurzame-energie-opwekken/windenergie-op-zee/windgebied-borssele> (<http://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/duurzame-energie-opwekken/windenergie-op-zee/windgebied-borssele>) en <https://rvothema4.pleio.nl/generalborssele> (<https://rvothema4.pleio.nl/generalborssele>).
- 24 Deze analyse is onderbouwd in M.B. Klijn, P. Heijnsbroek en M.A.M. Dieperink, Kans op wind: de spelregels bij tenders voor windparken op zee, *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht* 2015, p. 99-108. Wij concluderen in dat artikel dat, hoewel sprake zal zijn van een bouwplicht en een rechtstreeks economisch belang van de overheid, de aan een ontwikkelaar (en exploitant) gestelde eisen zo algemeen zijn, dat zij niet kwalificeren als eisen van een aanbestedende dienst.
- 25 Zie: <http://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/duurzame-energie-opwekken/windenergie-op-zee/windgebied-borssele> (<http://www.rvo.nl/onderwerpen/duurzaam-ondernemen/duurzame-energie-opwekken/windenergie-op-zee/windgebied-borssele>).
- 26 Zie verder § 4.3 van het februariartikel. In de periode 23 februari 2015 - 23 maart 2015 heeft de concept amvb 'Besluit gas en elektriciteit' ter consultatie voorgelegen. In de art. 5.28 - 5.30 van die concept amvb is een schaderegeling opgenomen voor een te late aansluiting op het net op zee en voor storingen.
- 27 Zie verder § 5.4 van het februariartikel.
- 28 Art. 4:50 Awb geeft de Minister van EZ de bevoegdheid om de SDE-subsidie in te trekken, ingeval van gewijzigd beleid. Deze bepaling is (voor financiers) rechtsonzeker. De Nederlandse Investeringsinstelling heeft daarom in een rapport uit mei 2014 de aanbeveling gedaan om te regelen dat als een subsidie eenmaal aan een windpark is verstrekt, deze - zelfs in theorie - niet weer door de overheid kan worden ingetrokken; zie: Nederlandse Investeringsinstelling, 'aanbeveling wind op zee', Den Haag 2014, p. 48. Deze aanbeveling is tot op heden niet overgenomen.
- 29 Uit de concept toelichting op de concept Tenderregeling kan niet worden opgemaakt of die regeling separaat wordt voorgelegd aan de Europese Commissie, om te beoordelen of zij past binnen het Europese milieusteunkader. Evenmin wordt (door de minister van EZ) het standpunt ingenomen dat de te verlenen SDE-subsidiebeschikking niet hoeft te worden voorgelegd aan de Europese Commissie voor een staatssteunbeoordeling. Omdat de Tenderregeling een concurrerend systeem behelst (in de zin van de Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 (2014/C 200/01), is het mijns inziens zeer goed denkbaar dat de SDE-beschikking niet aan de Commissie hoeft te worden voorgelegd. Om te voorkomen dat de deelnemers aan de tender het risico hieromtrent verschillend inschatten, zou de minister van EZ op voorhand duidelijkheid hieromtrent moeten bieden.
- 30 Indien de kavelbesluiten later dan 1 december 2015 worden vastgesteld, dan schuift de openingsdatum van de tender op. Voor de situatie dat de kavelbesluiten pas na 3 maart 2016 worden vastgesteld, zal worden geregeld dat altijd een periode van vier weken bestaat om de aanvragen in te dienen. Dit is gelet op de complexiteit van de projecten erg kort.

- 31 Een tegenstrijdigheid tussen de concept Tenderregeling en het Besluit SDE is bijvoorbeeld dat het Besluit SDE ervan uitgaat dat ingeval van een gebundelde aanvraag, voor alle daarin meegenomen aanvragen hetzelfde tenderbedrag wordt opgegeven (art. 19 lid 1 Besluit SDE). De concept Tenderregeling lijkt de mogelijkheid open te houden dat in de te bundelen aanvragen verschillende tenderbedragen worden genoemd (art. 6 lid 7 Tenderregeling).
- 32 Hiernaast regelt art. 59 lid 1 onder a van het Besluit SDE dat de Minister van EZ afwijzend beschikt op aanvragen die niet voldoen aan die amvb en daarop berustende bepalingen, zijnde de Tenderregeling en de Algemene uitvoeringsregeling.
- 33 Per kavel wordt een rangschikking gemaakt, zie hierna § 6.1. Het in de gebundelde aanvraag opgenomen tenderbedrag wordt in beide rangschikkingen opgenomen.
- 34 Art. 6 lid 7 van de concept Tenderregeling bepaalt dat indien meerdere gebundelde aanvragen in de rangschikking van beide kavels hoger worden gerangschikt dan de hoogst gerangschikte niet-gebundelde aanvraag, wordt de onderlinge rangschikking van deze gebundelde aanvragen gebaseerd op het gemiddelde tenderbedrag per kWh van de desbetreffende aanvragen. Onduidelijk is wat wordt bedoeld met 'het gemiddelde tenderbedrag', gelet op het feit dat krachtens art. 19 lid 1 Besluit SDE één tenderbedrag wordt opgegeven.
- 35 Men zou kunnen betogen dat de 5%-vermogenseis niet zozeer een vereiste is voor een geldige bieding, maar bepalend is voor de beoordeling of een (op zich geldige) bieding kan worden opgenomen in de rangschikking, zie hierna § 6. Het Besluit SDE en de Tenderregeling lijken van deze interpretatie van de 5%-vermogenseis uit te gaan. Dat zou ertoe leiden dat het niet voldoen aan de 5%-vermogenseis leidt tot afwijzing van de aanvraag (en niet tot buiten behandelingstelling). Voor de uitkomst van de tender maakt het dus niet uit hoe de 5%-vermogenseis juridisch wordt geïnterpreteerd.
- 36 De SDE kende reeds verschillende mechanismen om te waarborgen dat SDE-subsidie alleen aan realistische installaties wordt verleend, zie M.A.M. Dieperink, 'SDE met toekomst', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2012, p. 214-222, § 4. Tot op heden is in de SDE-regelgeving geen vermogenseis bepaald.
- 37 Voor de reguliere SDE geldt dat, indien een aanvrager over een eigen vermogen kleiner dan 20% van de investeringskosten beschikt, hij een intentieverklaring van een financier moet overleggen (art. 2 lid 3 onder c Algemene uitvoeringsregeling). Deze eis wordt niet gesteld aan aanvragen voor de Borssele-kavels.
- 38 Daarbij moet worden onderkend dat een dergelijke eis bepaalde deelnemers uitsluit. Immers, niet alle rechtspersonen zijn verplicht zijn om hun jaarrekening te deponeren. Slechts grotere bedrijven moeten daarbij tevens een accountantsverklaring overleggen.
- 39 Met het oog hierop staat in art. 18 lid 1 van het wetsvoorstel Wet WoZ dat een vergunning door meer dan één rechtspersoon kan worden gehouden.
- 40 In de toelichting op de concept Tenderregeling wordt opgemerkt dat ingeval dochterondernemingen deelnemen aan de tender bij de bepaling van het eigen vermogen, het eigen vermogen van de moeder naar rato kan meetellen. Dit biedt evenwel geen soelaas voor een consortium dat met een project B.V. wil deelnemen aan de tender. Deze opmerking in de toelichting lijkt eerder betrekking te hebben op groepsvennootschappen. Bovendien is het onduidelijk wat wordt verstaan onder het pro rata meetellen van het eigen vermogen van de moeder.
- 41 Het maximumbedrag wordt bepaald op basis van de gemiddelde kosten voor een windpark op zee (art. 19 lid 3 Besluit SDE). In de concept Tenderregeling is de maximumbedrag nog niet ingevuld. Tijdens een voorlichtingsbijeenkomst op 30 maart 2015 is namens de minister van EZ een richtbedrag van € 123 MWh genoemd.
- 42 Naar het zich nu laat aanzien zal TenneT slechts tot een vermogen van 350 MW garanderen dat het windpark kan worden aangesloten.
- 43 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat met toepassing van art. 62 lid 3 Besluit SDE een ontheffing kan worden verleend.
- 44 Een deelnemer aan de tender dient een zogenoemde P50-raming op te geven. Een P50-raming betreft een inschatting van de hoeveelheid wind die in tenminste 50% van de tijd minimaal voorkomt.
- 45 Voor het bepalen van de hoogte van de uit te betalen subsidie worden de subsidiabele kosten namelijk vermenigvuldigd met het gerealiseerd aantal uren, waarbij het aantal uren wordt begrensd op het maximaal aantal vollasturen.
- 46 Een gebundelde aanvraag wint slechts de tender indien de bieding in beide rangschikkingen bovenaan staat (art. 6 lid 6 Tenderregeling).
- 47 HvJ EG 29 april 2004, C-469/99 (*Succhi di Frutta*), r.o. 111.
- 48 Zie ook HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08 (*Betfair*), r.o. 50.

- 49 Deze conclusie is reeds eerder getrokken in: M.B. Klijn, P. Heijnsbroek en M.A.M. Dieperink, Kans op wind: de spelregels bij tenders voor windparken op zee, *Tijdschrift voor Aanbestedingsrecht* 2015, p. 99-108. Zie in het bijzonder § 2.2.2 van dat artikel.
- 50 Voor het honoreren van de windvergunningaanvraag geldt ook het vereiste dat wordt voldaan aan het kavelbesluit (art. 14 lid 2 wetsvoorstel Wet WoZ). Of in het kader van de subsidieaanvraag ook wordt gekeken naar het kavelbesluit is onduidelijk. Mogelijk wordt het kavelbesluit betrokken in de beoordeling of het windpark uitvoerbaar is.
- 51 Zie ook M.A.M. Dieperink, 'SDE met toekomst', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2012, p. 214-222, § 4.2.
- 52 In de concept Tenderregeling is het subsidieplafond nog niet ingevuld.
- 53 De overschrijding van het subsidieplafond is wellicht slechts een theoretische mogelijkheid. Naar mag worden aangenomen, staat bij de bepaling van het subsidieplafond namelijk voor ogen dat voor beide kavels subsidie kan worden verleend. Echter, vooral omdat het aantal vollasturen niet vooraf wordt gemaximeerd (zie § 5.3), maar door de deelnemers wordt bepaald, is het denkbaar dat het budgetbeslag van één deelnemer zodanig hoog is, dat binnen het subsidieplafond geen ruimte bestaat om beide kavels te subsidiëren.
- 54 Deze conclusie is onder meer gebaseerd op de omstandigheid dat de overheid bodem-, wind en wateronderzoeken laat verrichten en beschikbaar stelt. In het voorliggende artikel is echter vastgesteld dat de winnaar van de tender de overheid contractueel moet vrijwaren voor deze onderzoeken (§ 4.2). Deze verplichte vrijwaring nuanceert mijn eerdere conclusie dat de nieuwe systematiek een verbetering vormt ten opzichte van de huidige systematiek. De vrijwaring zal namelijk waarschijnlijk met zich brengen dat deelnemers aan de tender niet blind kunnen vertrouwen op de door de overheid verstrekte informatie.